

АДВОКАТ

№ 9

- Право на судовий захист у контексті змагальності сторін
- Запобіжні заходи за новим Кримінальним процесуальним кодексом
- Поняття недійсності правочину в цивільному судочинстві



Олександра Яновська:

Слідчий, прокурор під час слідчої дії мають забезпечити присутність осіб, чий права можуть бути обмежені або порушені



Адвокати опановують новий Кримінальний процесуальний кодекс *Favor defensionis* в умовах, коли оскаржити можна не все

Журнал «Адвокат»
включено до Переліку
наукових фахових
видань України
(постанови Президії
Вищої атестаційної
комісії України
№ 1-03/8 від 11 жовтня
2000 р.; № 1-05/1
від 26 січня 2011 р.)

№ 9 (144) 2012

АДВОКАТ

Загальнодержавний професійний журнал.

Заснований 14 лютого 1996 року.

Виходить щомісяця.

Передплатний індекс — 74628

Адреса редакції: 04136, Київ, вул. Маршала Гречка, 13

Видавництво "Прецедент",

тел./факс (044) 331-81-71, 332-8171, 462-82-66

E-mail: 3318171@ukr.net

НАУКОВА РАДА ЖУРНАЛУ «АДВОКАТ»

Копиленко О. Л. — директор Інституту законодавства Верховної Ради України, академік Національної академії правових наук України, член-кореспондент Національної академії наук України, доктор юридичних наук, професор — голова наукової ради.

Гончаренко В. Г. — професор Академії адвокатури України, академік Національної академії правових наук України, академік АН Вищої школи України, доктор юридичних наук, заслужений діяч науки і техніки України.

Кузнєцова Н. С. — професор Київського національного університету імені Тараса Шевченка, академік Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, заслужений діяч науки і техніки України.

Маляренко В. Т. — голова Верховного Суду України (2002–2006 рр.), доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений юрист України.

Панов М. І. — проректор з наукової роботи Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор.

Шемшученко Ю. С. — директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького Національної академії наук України, академік Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України.

ЗМІСТ

НАУКА І ПРАКТИКА

В. О. Попелюшко

Запобіжні заходи в новому КПК України: поняття, мета, підстави, порядок та суб'єкти застосування 4

М. Й. Вільгушинський

Шляхи взаємодії судів з місцевими державними адміністраціями 7

А. В. Портнов

Конституційно-правовий статус захисника прав у Франції 11

В. В. Сердюк

Право на судовий захист у контексті змагальності сторін 14

В. М. Юрчишин

Відносини прокурора із захисником у досудовому розслідуванні за новим КПК України 19

А. О. Філін'єв

Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України: порівняльно-правовий аналіз 23

Н. Ф. Ментух

Лізинг в окремих сферах господарювання 29

М. О. Жорнік

Застосування поняття недійсності правочину та її види у цивільному судочинстві 33

М. В. Кочеров

Поняття службової особи як суб'єкта незаконного збагачення 37

В. О. Поливач

Правова природа справ, що виникають із кредитних правовідносин, та процесуальні проблеми їх розгляду 41

Г. Б. Грек

Законність та логічність — основні принципи гуманізації кримінальної відповідальності у сфері господарської діяльності 45

Передплатити журнал «Адвокат» ніколи не пізно

Шановний читачу, якщо Ви не встигли передплатити журнал, це можна зробити до 15 числа поточного місяця на будь-якому поштовому відділенні і отримувати номери від наступного місяця. Всі попередні номери Ви можете замовити за передплатною ціною у редакції: електронною поштою 3318171@ukr.net чи телефоном (044) 331-81-71

ЗАПОБІЖНІ ЗАХОДИ В НОВОМУ КПК УКРАЇНИ: ПОНЯТТЯ, МЕТА, ПІДСТАВИ, ПОРЯДОК ТА СУБ'ЄКТИ ЗАСТОСУВАННЯ



В. О. Попелюшко,
доктор юридичних наук,
професор, директор
Інституту права імені
Іонікія Малиновського
Національного університету
«Острозька академія»

Одним з найважливіших питань у практиці досудового розслідування і судового провадження є застосування запобіжних заходів як виду кримінального процесуального примусу попереджувального (випереджувального) характеру, пов'язаного з тимчасовим обмеженням (позбавленням) слідчим суддею, судом права особи (підозрюваного, обвинуваченого, засудженого) на свободу і особисту недоторканність.

Без запобіжних заходів не обходиться жоден кримінальний процес сучасних держав світу, бо за їх допомогою забезпечується належний, заданий законом перебіг досудового розслідування і судового провадження, а в кінцевому підсумку – захист особи, суспільства, держави від кримінальних правопорушень та виконання інших завдань кримінального судочинства. Залежно від того, як законодавець за допомогою кримінального процесуального закону визначив баланс інтересів держави та інтересів особи через урегулювання мети, підстав, порядку та суб'єктів застосування цих заходів процесуального примусу, можна судити про ступінь свободи в державі і турботу про права людини в ній.

Неможливо не відзначити, що в цьому плані наш законодавець у новому Кримінальному процесуальному кодексі [1] стосовно запобіжних заходів за зразок узяв апробований на практиці крізь призму рішень Європейського суду з прав людини із застосування Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод досвід західноєвропейських демократій, а також, образно кажучи, «гіркий» вітчизняний [2]. А тому є надія, що при належному його застосуванні в Україні, як у Європі і всьому цивілізованому світі, під вартою на час досудового розслідування і за судом будуть утримуватися лише ті обвинувачені у вчиненні тяжких та особливо тяжких злочинів, які: злісно не виконуватимуть своїх процесуальних обов'язків, навмисно протидіятимуть нормальному перебігу кримінального провадження, і утримуватися лише для того, щоби вони могли постати перед судом; що врешті-решт наші слідчі ізолятори і інші установи попереднього ув'язнення значно спустошаться і перестануть бути розсадниками сухот (туберкульозу) в суспільстві, і ось чому.

Перше. Законодавець запровадив нову, європейську, систему запобіжних заходів. Він відмовився від підписки про невийїзд, поруки громадської організації або трудового колективу, нагляду командування військової частини. Тепер запобіжними заходами (від найбільш м'якого до найбільш суворого) є: 1) особисте зобов'язання; 2) особиста порука; 3) застава; 4) домашній арешт; 5) тримання під вартою.

До неповнолітніх обвинувачених (тут і далі – родові поняття) може також застосовуватися передання їх під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, під нагляд адміністрації дитячої установи.

Тимчасовим запобіжним заходом залишено затримання особи, яке, як і раніше, не може перевищувати сімдесяти двох годин з моменту затримання, але поставлене під контроль як слідчих суддів, так і спеціально призначених службових осіб, відповідальних за перебування затриманих (ст.ст. 176, 492 КПК).

При застосуванні запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою, на обвинуваченого, окрім обов'язку перебувати за кожною вимогою до слідчого, прокурора і суду, може бути покладено також один або кілька додаткових обов'язків (ч. 5 ст. 194 КПК): 1) перебувати до визначеної службової особи із встановленою періодичністю; 2) не відлучатися із населеного пункту, в якому він зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду; 3) повідомляти слідчого, прокурора або суд про зміну свого місця проживання та/або роботи; 4) утримуватись від спілкування з будь-якою особою, визначеною слідчим суддею, судом, або спілкуватися з нею із дотри-

Автор розглядає новаті Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. щодо поняття, мети, підстав, порядку та суб'єктів застосування запобіжних заходів

Ключові слова: запобіжні заходи, поняття, мета, підстави, порядок, суб'єкти застосування

манням умов, визначених слідчим суддею, судом; 5) не відвідувати місця, визначені слідчим суддею, судом; 6) пройти курс лікування від наркотичної або алкогольної залежності; 7) докласти зусиль до пошуку роботи або до навчання; 8) здати на зберігання до відповідних органів державної влади свій паспорт (паспорти), що дає право на виїзд з України і в'їзд в Україну; 9) носити електронний засіб контролю.

Електронні засоби контролю можуть застосовуватися слідчим на підставі ухвали слідчого судді або суду про застосування до обвинуваченого запобіжного заходу, не пов'язаного з позбавленням волі, і покладенні даного обов'язку, а працівниками органів внутрішніх справ – на цій же підставі при застосуванні запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту (ст. 195 КПК).

Друге. Застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування можливе лише за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора, і віднесене до виключної компетенції слідчого судді, а під час судового провадження – лише за клопотанням прокурора, і віднесене до виключної компетенції суду, який здійснює судове провадження (ч. 2 ст. 176 КПК). Тобто усі запобіжні заходи тепер застосовуватимуться тільки незалежними від сторони обвинувачення судовими органами, не пов'язаними із кримінальним переслідуванням особи.

Третє. Розгляд клопотання про застосування запобіжного заходу буде проводитися в режимі змагання сторін: з участю прокурора – з однієї сторони, та з участю обвинуваченого і його захисника – з іншої сторони.

При цьому не пізніше як за три години до початку розгляду клопотання стороні захисту надається копія клопотання і копії матеріалів, якими обґрунтовується необхідність обрання запобіжного заходу. За клопотанням сторін або за власною ініціативою слідчий суддя, суд може заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання про застосування запобіжного заходу.

Закон містить і таку гарантію: будь-які твердження чи заяви обвинуваченого, зроблені під час розгляду питання про застосування запобіжного заходу, не можуть бути використані проти нього ні на доведення його винуватості у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він обвинувачується, ні у будь-якому іншому правопорушенні (ст. 193 КПК).

Четверте. Закон загалом досить чітко прописує мету, підстави і обставини, які мають враховуватися слідчим суддею, судом при обранні запобіжних заходів як таких та кожного окремого запобіжного заходу зокрема.

Мета застосування будь-якого запобіжного заходу двоєдина: з одного боку – забезпечити виконання обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а з іншого – запобігти таким його спробам (ризикам, що він може): 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або

спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому обвинувачується.

Підстава застосування запобіжного заходу також складна: по-перше, це наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а при наявності такої підозри, по-друге, наявність ризиків, які дають підстави вважати, що обвинувачений може здійснити вищезазначені дії (ст. 177 КПК).

При вирішенні питання про обрання запобіжного заходу, крім наведених ризиків, слідчий суддя, суд на підставі поданих сторонами кримінального провадження матеріалів повинен оцінити сукупність всіх юридично значимих обставин (ст. 178 КПК), у тому числі: 1) вагомість наявних доказів про вчинення обвинуваченим кримінального правопорушення; 2) тяжкість покарання, що загрожує йому у разі визнання його винуватим у вчиненні інкримінованого йому кримінального правопорушення; 3) вік та стан здоров'я обвинуваченого; 4) міцність соціальних зв'язків обвинуваченого в місці його постійного проживання, у тому числі наявність у нього родини й утриманців; 5) наявність у обвинуваченого постійного місця роботи або навчання; 6) його репутацію; 7) майновий стан; 8) наявність судимостей; 9) дотримання обвинуваченим умов застосування запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше; 10) наявність повідомлення обвинуваченому про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення; 11) розмір майнової шкоди, у завданні якої він обвинувачується, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення його обвинувачують, а також вагомість доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини.

Враховання інших обставин при застосуванні запобіжного заходу, наприклад, невизнання обвинуваченим своєї вини, його поведінки при проведенні з ним слідчих дій чи під час судового розгляду – неприпустиме.

П'яте, як на мене, основне. Обов'язок доказування підстав, у тому числі підстав-ризиків застосування запобіжного заходу, а також, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти цим ризикам, покладено на слідчого і прокурора. Якщо вони не впораються з цим обов'язком – суд зобов'язаний відмовити у застосуванні запобіжного заходу (ч. 3 ст. 176 КПК).

Поясню це прикладами, які є одночасно імперативними приписами процесуального закону.

Слідчий суддя, суд зобов'язаний відмовити прокурору в застосуванні запобіжного заходу, якщо той не доведе: 1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні обвинуваченим кримінального правопорушення; 2) наявність достатніх під-

став вважати, що існує хоча б один із передбачених законом ризиків протиправної поведінки обвинуваченого, а якщо й доведе; 3) не доведе недостатність застосування більш м'якого запобіжного заходу для запобігання цим ризикам (ч. 2 ст. 194 КПК).

Або, якщо прокурор доведе все зазначене вище, слідчий суддя, суд має право лише зобов'язати обвинуваченого прибувати за кожною вимогою до суду чи іншого органу державної влади і покласти на нього один чи кілька додаткових обов'язків (не відлучатися з населеного пункту, носити електронний засіб контролю тощо), та й то при умові, що прокурор доведе необхідність покладення на обвинуваченого того чи іншого конкретного обов'язку (ч.ч. 2, 4 ст. 194 КПК).

Тобто закон зобов'язує слідчого суддю і суд підходити до вирішення питання про обрання запобіжного заходу не механічно, а оціночно щодо кожної окремої підстави, керуючись при цьому принципом презумпції невинуватості і правилами, які з цього принципу випливають, в тому числі правилом про тлумачення усіх сумнівів у доведеності обставин, на яких ґрунтуються обвинувачення та ризики, на користь обвинуваченого.

Наявність обґрунтованої підозри у вчиненні обвинуваченим кримінального правопорушення, наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, на які вказує прокурор, означає наявність такої сукупності доказів на момент вирішення питання про обрання запобіжного заходу, неупереджена оцінка якої дає достатні («розумні») підстави слідчому судді, суду переконатись у тому, що обвинувачений таки міг вчинити інкриміноване йому кримінальне правопорушення, що таки існує ризик його протиправної поведінки, на який вказує прокурор. Але при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу абсолютної доведеності обвинувачення та інших обставин-підстав не вимагається. Тут вимагається доведення «розумної» підозри, тобто добросовісного припущення про вчинення обвинуваченим кримінального правопорушення, бо встановлення того, чи насправді він його вчинив, є завданням подальшого провадження.

Очевидно, що наведене, як воно впливає з приписів глави 18 КПК (Запобіжні заходи, затримання особи), в повному обсязі стосується під-

став і порядку застосування запобіжних заходів слідчим суддею на стадії досудового розслідування. Деяко інша процесуальна ситуація в цьому плані (питання зміни і скасування запобіжних заходів в статті не зачіпаються) має місце у судових провадженнях.

Так, згідно з ч. 5 ст. 315 КПК під час підготовчого судового засідання суд має право обрати щодо обвинуваченого запобіжний захід за клопотанням учасників судового провадження, до яких ч. 2 ст. 314 КПК відносить прокурора, обвинуваченого, захисника, потерпілого, його представника та законного представника, цивільного позивача, його представника та законного представника, цивільного відповідача. Під час судового розгляду вирішення цього питання судом можливе за клопотанням сторони обвинувачення або сторони захисту (ч.ч. 1, 2 ст. 331 КПК), суб'єктний склад котрих означений в п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК. А на етапі підготовки до апеляційного розгляду суддя-доповідач апеляційного суду вирішує питання щодо обрання запобіжного заходу (п. 3 ч. 1 ст. 401 КПК) за клопотанням учасників апеляційного провадження, якими є особи (групи осіб), зазначені у ст. 393 КПК. Тобто у судових провадженнях коло суб'єктів-ініціаторів постановки питання про обрання запобіжних заходів, у порівнянні з досудовим розслідуванням, значно ширше.

Що ж до підстав та обставин застосування запобіжних заходів то, оскільки твердження про вчинення обвинуваченим діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність (обвинувачення особи) є предметом власне судового провадження, вони тут вужчі. При застосуванні запобіжних заходів судом, аби суд не набував стану упередженості, їх підставою може бути лише доведеність фактів вчинення чи доведеність обґрунтованого припущення про можливість ризику (ризиків) вчинення обвинуваченим дій, передбачених ч. 2 ст. 177 КПК, а з-поміж обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу лише тих (і їм подібних), які зазначені у п.п. 2–11 с. 178 КПК.

Так чи інакше, і на досудовому розслідуванні, і у судових провадженнях законне і справедливе вирішення питання із запобіжними заходами тепер залежатиме головним чином від рівня незалежності слідчого судді, суду.

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України // Голос України. – 2012 – № № 90-91.
2. Лобойко Л. М. Реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні (2006-

2011 роки). Частина 1. Загальні положення і досудове провадження : монографія / Л. М. Лобойко. – К. : Істина, 2012. – 288 с.

Попелюшко В. А. Меры пресечения в новом КПК Украины: понятие, цели, основания, порядок и субъекты применения. Автор рассматривает новеллы Уголовного процессуального кодекса Украины 2012 г., касающиеся понятия, цели, оснований, порядка и субъектов применения мер пресечения.

Ключевые слова: меры пресечения, понятие, цель, основания, порядок, субъекты применения

Popelushko Vasyl. Measures of restraint in the new Criminal Procedure Code of Ukraine: the concept, purpose, reasons, order, and the subjects of applying

The author considers the novels of the Criminal Procedure Code, 2012, relating to the concept, purpose, reasons, order and the subjects of the application of preventive measures.

Key words: preventive measures, the concept, purpose, reason, order, the subjects of applying